

Marcin Kielbasa*

POLSKA BEZ „ZŁOTEJ ASPIRYNY”? SZCZEGÓLNE UPRAWNIENIA POLSKIEGO SKARBU PAŃSTWA PRZED UNIJNYM TRYBUNAŁEM

I. Wprowadzenie

W dniu 29 października 2009 roku Komisja Europejska wniosła do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości skargę przeciwko Polsce, dotyczącą ustawy z 3 czerwca 2005 roku o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (dalej jako „Ustawa”).¹

Komisja Europejska uznała, iż Ustawa i wykonywanie nadanych przez nią uprawnień w mających kluczowe znaczenie spółkach, wraz z rozporządzeniami wykonawczymi² nadającymi władzom polskim szczególne upraw-

* Mgr Marcin Kielbasa – doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. z 2005 r., Nr. 132, poz. 1108 ze zm.).

² Dotychczas wydano ich trzy: Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie listy spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. z 2005 r., Nr 260, poz. 2174, dalej jako „Rozporządzenie z 2005 r.”); Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 września 2007 r. w sprawie listy spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. z 2007 r., Nr 178, poz. 1251, dalej jako „Rozporządzenie z 2007 r.”); Rozporządzenie Rady Ministrów

nienia³ – naruszają regulowane przez Traktat Rzymski zasady swobodnego przepływu kapitału oraz swobody przedsiębiorczości.⁴ Polska znalazła się w ten sposób wśród państw członkowskich UE, przeciw którym Komisja wszczęła postępowanie w sprawie tzw. „złotych akcji”.

II. „Złote akcje” w Unii Europejskiej i w Polsce

Prywatyzacja państwowych spółek w gospodarce państw rozwiniętych sprawiła, iż ich władze zaczęły poszukiwać alternatywnych w stosunku do „klasycznych” – tych wynikających bezpośrednio z prawa własności – sposobów na zachowanie kontroli nad kluczowymi firmami działającymi w newralgicznych działach gospodarki. Państwa te, chcąc sprywatyzować takie przedsiębiorstwa rezygnowały z należących do sfery cywilnoprawnej instrumentów oddziaływania na nie, wykorzystując niejako „w zamian” instrumenty administracyjnoprawne. Taki podział okazał się jednak dla niektórych rządów niewystarczający.⁵ Stało się to punktem wyjścia do poszukiwania pośredniego rozwiązania, umożliwiającego osiągnięcie maksymalnej ekonomicznej efektywności strategicznych przedsiębiorstw, przy założeniu skutecznego oddziaływania państwa na te przedsiębiorstwa.

W obrębie Unii Europejskiej istotny w tym względzie stał się instrument znany pod nazwą „złotej akcji”. Pojęcie to nie oznacza jednego i jednorodnego rozwiązania⁶, nie ma też określonego znaczenia normatywnego. Generalnie rzecz ujmując, stanowi ono niewątpliwie skrót myślowy, oznaczający różne formy szczególnych uprawnień, przyznających ich posiadaczowi kontrolę

z dnia 30 września 2008 r. w sprawie listy spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. z 2008 r., Nr 192, poz. 1184, dalej jako „Rozporządzenie z 2008 r.”).

³ Obejmują one w szczególności prawo sprzeciwu w stosunku do pewnych kluczowych decyzji organów spółki oraz prawo do ustanawiania obserwatorów w spółkach.

⁴ Por. odpowiednio art. 63 i art. 49 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), dalej jako TFUE (odpowiednio – dawne art. 56 i 43 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską – TWE). W niniejszym artykule posługiwać się będę oznaczeniami z Traktatu z Lizbony z dodatkowym wskazaniem odpowiadających im artykułów TWE, tam gdzie to konieczne.

⁵ Por. M. Romanowski, *Europeizacja „złotej akcji” i jej wpływ na prawo polskie*, Monitor Prawniczy 2005, nr 24, s. 1230.

⁶ Por. K. Pawłowicz, *„Złota akcja” Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego*, PiP 2007, nr 2, s. 31 i n.

strategicznych decyzji w spółce.⁷ Najczęściej używa się go dla określenia przywilejów akcyjnych, które dają upoważnionemu z jednej akcji lub niewielkiego procenta akcji w spółce prawo weta wobec statutowego katalogu najważniejszych decyzji w sprawach spółki (np. zmian statutu, zmian w składzie zarządu, znacznych rozporządzeń majątkiem spółki, podziału zysku).⁸

Podobne znaczenie nadaje pojęciu „złotej akcji” także polska doktryna. Co do zasady, „złota” akcja to akcja, która daje jej posiadaczowi szczególnie przywileje w spółce (uprawnienia specjalne), wychodzące poza te, które przewiduje kodeks spółek handlowych (art. 351 §2 k.s.h.).⁹ Wskazuje się przy tym na dwa znaczenia tego terminu: *primo* – jako akcja z prawem weta, polegająca w szczególności na tym, że statut określa katalog spraw, w których walne zgromadzenie nie może podjąć pewnych uchwał bez zgody posiadacza „złotej akcji” (znaczenie to najpełniej oddaje potoczne rozumienia przymiotnika „złoty” jako mający szczególne znaczenie, wartość); *secundo* – jako akcja, gwarantująca akcjonariuszowi określony udział w zysku, bez względu na to, czy spółka wypracuje zysk w danym roku obrotowym, z zastrzeżeniem jednak, iż taka akcja nie daje akcjonariuszowi prawa głosu.¹⁰ Wskazuje się, iż w doktrynie prawa polskiego „złota akcja” występuje zasadniczo jako akcja z prawem weta¹¹, podkreślając jednocześnie, iż na treść „złotych akcji” mogą składać się także inne uprawnienia szczególne – np. prawo do indywidualnej kontroli spółki przez posiadacza tej akcji, czy prawo do powoływania lub odwoływania członków organów spółek. Co do zasady jednak wszystkie uprawnienia szczególne, które wiążą się ze „złotą

⁷ Por. M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007, s. 152.

⁸ Por. S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. III*, Warszawa 2003, s. 373–374.

⁹ Por. A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz-Kraków 2003, s. 627. Możliwość taka, jak słusznie zauważa O. Szejnert (*Czy to koniec „złotej akcji”?*, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 20, s. 983), wynika z użycia przez ustawodawcę w art. 351 § 2 k.s.h. sformułowania „w szczególności” – co powoduje, że katalogu z art. 351 § 2 k.s.h. nie można uważać za zamknięty.

¹⁰ Por. A. Szumański, *op. cit.*, s. 627, a także zachowujące swą aktualność rozważania: A. Szumański, *„Złota” akcja w prawie polskim*, PPH 1998, nr 12, s. 1; Ł. Gasiński, *Dopuszczalność wprowadzenia „złotej akcji” do konstrukcji spółki*, PPH 1999, nr 3, s. 27.

¹¹ Por. M. Mataczyński, *op.cit.*, s. 153; A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz-Kraków 2003, s. 628 – a to ze względu na fakt wyraźnego uregulowania akcji niemych w kodeksie spółek handlowych (art. 353 § 3 i 4 k.s.h.).

akcją” odnoszą się do praw korporacyjnych.¹² Jak wskazuje M. Mataczyński, takie rozumienie pojęcia „złota akcja” jest powszechne w polskiej literaturze z zakresu prawa spółek handlowych.¹³ Ponadto, stanowisko to znajduje swój wyraz także w orzecznictwie – co unaocznia np. wyrok Sądu Najwyższego z 30 września 2004 r.¹⁴, w którym SN uznał w odniesieniu do „złotej akcji”, iż *pojęcie to nie jest kategorią normatywną, bowiem w prawie polskim instytucja ta nie została odrębnie uregulowana; przyjmuje się, że oznacza ona szczególne uprzywilejowanie akcji w sposób, który umożliwia akcjonariuszowi pełną kontrolę nad podejmowaniem strategicznych decyzji*.

Wskazać jednocześnie należy, iż przed uchwaleniem ustawy o „złotych akcjach” skutek w postaci przyznania akcjonariuszowi „złotej akcji”, rozumianej jako akcja z prawem weta, był w prawie polskim dopuszczany poprzez użycie konstrukcji uprawnienia osobiście przyznanego (art. 354 § 1 k.s.h.), a więc jako uprawnienie związane z osobą konkretnego akcjonariusza, nie zaś jako uprawnienie związane z akcją (art. 351 § 1 k.s.h.).¹⁵

Dla potrzeb niniejszego artykułu sformułowanie „złota akcja” będzie dotyczyło szczególnych uprawnień (kompetencji) przysługujących państwu (czy szerzej – posiadaczowi tych szczególnych uprawnień) w prywatyzowanych spółkach¹⁶, które umożliwiają kontrolę strategicznych decyzji w tych podmiotach.¹⁷

¹² Por. A. Szumański, [w:] A. Szumański [red.], *System prawa prywatnego. Prawo papierów wartościowych*, t. 19, Warszawa 2006, s. 141.

¹³ Por. M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 610; W. Popiołek, [w:] J. Strzępka [red.], *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2005, s. 152.

¹⁴ Por. IV CK 713/03, OSP 2005, nr 9, poz. 12, s. 500–504.

¹⁵ Por. A. Szumański, *Problem osiągnięcia skutków „złotej” akcji przez uprawnienia osobiście przyznane akcjonariuszowi*, [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz-Kraków 2003, s. 630. Por. także w tym względzie: Ł. Gasiński, *Z problematyki praw przyznanych osobiście na gruncie regulacji spółki akcyjnej*, PPH 2000, nr 7, s. 34–42; P. Turowicz, *Prawa przyznane osobiście*, PPH 1999, nr 5, s. 41–43; P. Turowicz, *Prawa przyznane osobiście wspólnikom lub akcjonariuszom*, Prawo Spółek 1999, nr 7–8, s. 22–30; A. Witosz, P. Piniór, *Osobiste uprawnienia wspólników i akcjonariuszy w spółkach kapitałowych*, Prawo Spółek 2010, nr 2, s. 11 i n.

¹⁶ Por. A. Bodnar, D. Sześciło, *„Złote weto” Skarbu Państwa a prawo wspólnotowe*, EPS 2008, nr 5, s. 11 i n., K. Osajda, *„Złota” akcja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w prawie polskim*, PPH 2004, n. 8, s. 23–31, I. Kuznetsov, *The legality of Golden Shares under EC Law*, Hanse Law Review 2005, nr 1 s. 22 i n.

¹⁷ Por. M. Mataczyński, *op. cit.*, s. 154.

Źródłem tej instytucji w powyższym kształcie dopatrywać się należy w niemieckiej ustawie z 21 lipca 1960 roku w sprawie prywatyzacji udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością *Volkswagenwerk*¹⁸ oraz w konstrukcji tzw. akcji uprzywilejowanych (*preferred stock*) w systemie *common law* USA.¹⁹ Stworzenie instytucji „złotych akcji” wynikało z wskazanego powyżej przekonania, iż administracyjnoprawne oddziaływanie państwa na strategiczne przedsiębiorstwa nie jest w każdym wypadku skuteczne, natomiast zachowanie decydującego wpływu na takie przedsiębiorstwa uniemożliwiłoby ich prywatyzację (mającą przynieść środki budżetowi państwa i wywołać korzystny wpływ na ekonomiczną efektywność spółek).

Ta antynomia legła u podstaw pojęcia „złotej akcji” (*golden share*), stworzonego na początku lat osiemdziesiątych przez Nigela Lawsona, Kanclerza Exchequeru Wielkiej Brytanii (odpowiednik ministra finansów) w rządzie Margaret Thatcher i wykorzystanego w serii brytyjskich prywatyzacji.²⁰ Tak zbudowany mechanizm tworzył państwu brytyjskiemu okazję do blokowania pewnych kategorii kluczowych decyzji, związanych z funkcjonowaniem poszczególnych przedsiębiorstw. Inne państwa członkowskie skwapliwie skorzystały z takiej możliwości, chcąc, przy prywatyzowaniu strategicznych spółek publicznych, zachować kontrolę nad ich najważniejszymi decyzjami.²¹

¹⁸ Jej przepisy zostały zresztą uznane za niezgodne z unijną zasadą swobody przepływu kapitału w wyroku ETS w sprawie C-112/05 KE przeciwko Niemcy (Dz. Urz. UE C 315 z dnia 22 grudnia 2007, s. 5). Por. także: M. Mataczyński, *Złota akcja Skarbu Państwa a swoboda przepływu kapitału – glosa do wyroku ETS z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05 Komisja Europejska przeciwko Niemcom*, EPS 2008, nr 8, s. 49 i n.; M. Bobrzyński, K. Oplustil, *Wyrok ETS w sprawie Volkswagena i jego znaczenie dla prawa polskiego – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05*, Glosa 2008, nr 2, s. 42–52; M. Bobrzyński, K. Oplustil, *Po orzeczeniu w sprawie Volkswagena: Orlen bezbronny jak dziecko*, Rzeczpospolita, 5–6 stycznia 2008 r., s. C7.

¹⁹ Por. Ph. J. Scaletta, G. D. Cameron III, *The Foundations of Business Law*, Plano Texas 1986, s. 720–722.

²⁰ Por. D. Yergin, J. Stanislaw, *The Birth of Privatization*, [w:] D. Yergin, *The Commanding Heights*, Nowy Jork 1998, s. 114–124. Por. także S. Jones, W. Megginson, R. Nash, J. Netter, *Share Issue Privatizations as Financial Means To Political and Economic Ends*, Journal of Financial Economics 1999, Volume 53, No. 2, s. 217 i n., oraz E. Szyszczak, *Golden Shares and Market Governance*, Legal Issues of Economic Integration 2002, no. 3, s. 255.

²¹ Por. H. Fleischer, *Case C-367/98, Commission of the European Communities v. Portuguese Republic (Golden shares)*; *C-483/99, Commission of the European Communities v. French Republic (Golden shares)* and *C-503/99 Commission of the European Communities v. Kingdom*

Możliwość podejmowania takich działań przez państwa członkowskie Unii Europejskiej spotkała się jednak z krytyczną oceną ze strony Komisji Europejskiej, zarzucającej przepisom państw członkowskich dotyczącym „złotych akcji” sprzeczność z traktatowymi swobodami przepływu kapitału (art. 63 TFUE – dawny art. 56 TWE) i przedsiębiorczości (art. 49 TFUE – dawny art. 43 TWE), co spowodowało, iż KE zaskarżyła szereg krajowych uregulowań do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.²² ETS w serii wyroków²³ zbudował swoisty katalog warunków dopuszczalności

of Belgium (Golden shares). Judgments of the Full Court of 4 June 2002, Common Market Law Review 2003, no. 40, s. 494. Bogaty przegląd informacji na temat „złotych akcji” w spółkach z państw UE dostarczają: raport KE *Special rights in privatized companies in the enlarged Union – a decade full of developments*, dostępny pod adresem internetowym: http://ec.europa.eu/internal_market/capital/docs/privcompanies_en.pdf z 22 lipca 2005; raport przygotowany dla Komisji: *Special rights of public authorities in privatized EU companies: the microeconomics impact*, Oxford 2005, dostępny pod następującym adresem internetowym: ec.europa.eu/internal_market/capital/docs/2005_10_special_rights_executive_summary_en.pdf, XI 2006; *Report on the proportionality principle in the European Union*, Institutional Shareholder Services 2007, s. 47; I. Kuznetsov *op. cit.*, s. 23; M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007, s. 153–154; C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2007, s. 538 i n.; S. Peers, *Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk*, [w:] C. Barnard, J. Scott [red.], *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford 2002, s. 334 i n. (strona?); D. Wyatt, A. Dashwood, *European Union Law*, London 2006, s. 854–863; T. Ajello, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e pregiudiziale nei confronti dei soggetti pubblici*, Diritto dell'Unione Europea, 2007 nr 4, s. 811–834; E. Pulcini, *La privatizzazione dell'AEM di Milano ed il principio comunitario di libera circolazione dei capitali. Osservazioni alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2008 nr 2, s. 568–588.

²² Por. S. Sołtysiński, „Złota akcja” u nas i gdzie indziej, *Rzeczpospolita* 2004, nr 177, s. C3; A. Frankowska, A. Bodnar, *Nie każda „złota akcja” jest złota*, PPH 2003, nr 3, s. 40–45.

²³ Por. np. wyroki ETS w sprawach: 54/99 *Kościół Ścientologiczny (Eglise de Scientologie)* [2000] ECR I-1335; 58/99 *KE przeciwko Włochom*, [2000] ECR I-3811; 503/99 *KE przeciwko Belgii* [2002] ECR I-4809; 367/98 *KE przeciwko Portugalii* [2002] ECR I-4731; 483/99 *KE przeciwko Francji* [2002] ECR I-4781; 463/00 *KE przeciwko Hiszpanii* [2003] ECR I-4581; 98/01 *KE przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* [2003] ECR I-4641; 174/04 *KE przeciwko Włochom* [2005] ECR I-4933; 282/04 i 283/04 *KE przeciwko Holandii* (Dz. Urz. UE Nr C 294 z 2 grudnia 2006 r.); sprawach połączonych 463/04 *Federconsumatori* oraz 464/04 *Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA e altri przeciwko Comune di Milano* (Dz. Urz. UE Nr C 22 z dnia 26 stycznia 2008 r., s. 2); 274/06 *KE przeciwko Hiszpanii* (Dz. Urz. UE Nr C 79 z 29 marca 2008 r., s. 4); 326/07 *KE przeciwko Włochom* (Dz. Urz. UE Nr C 113 z 16 maja 2009 r., s. 7); czy też cytowany już powyżej wyrok ETS w sprawie 112/05

tej instytucji. Warto zauważyć, że w Traktacie brakuje definicji „przepływu kapitału”. ETS wskazał jednak²⁴, iż w tym zakresie możliwe jest odniesienie i interpretacja tego pojęcia w świetle nomenklatury, załączonej do dyrektywy Rady 88/361/EWG w sprawie wykonania art. 67 Traktatu (w brzmieniu sprzed Traktatu Amsterdamskiego z 1997 roku).²⁵ Załącznik do dyrektywy zawierał 13 różnych kategorii przepływu kapitału; znalazło się w nim jednocześnie wyjaśnienie, iż to wyliczenie nie wyczerpuje pojęcia przepływu kapitału. ETS wskazał, iż „przepływem kapitału” są w szczególności inwestycje bezpośrednie, a więc wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub prawne, które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań pomiędzy osobą, która wniosła kapitał a przedsiębiorcą, któremu udostępnia ona kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

Powyższa uwaga była konieczna o tyle, iż w swoim orzecznictwie dotyczącym „złotych akcji” ETS koncentrował swą uwagę właśnie na naruszeniach swobodnego przepływu kapitału (poświęcając swobodzie przedsiębiorczości daleko mniej miejsca). Najistotniejsze wskazania Trybunału w tym względzie zawierały wskazanie, iż ograniczenie wolności przepływu kapitału przez przepisy krajowe powinno być uzasadnione ochroną nadrzędnego interesu publicznego (co dotyczyło m.in. bezpieczeństwa energetycznego – poprzez zapewnienie minimum dostaw gazu, energii elektrycznej i paliw płynnych²⁶, czy pewnych kategorii usług świadczonych w ogólnym interesie – np. pocztowych czy telekomunikacyjnych).²⁷ Trybunał wskazał, iż interes ten nie może być utożsamiany jedynie z interesem ekonomicznym państwa.²⁸ Ponadto, dopuszczalne w prawie europejskim mogą być jedynie takie uregulowania szczególnych uprawnień skarbu państwa Państwa Członkowskiego, które są proporcjonalne – właściwe do osiągnięcia celu, stosowane do wszystkich osób i podmiotów prowadzących daną działalność na terenie państwa członkowskiego oraz nie wykraczające poza to, co jest konieczne do osiągnięcia

KE przeciwko Niemcom. Ponadto, przed ETS toczy się postępowanie dotyczące „złotej akcji” Portugalii w przedsiębiorstwie telekomunikacyjnym Portugal Telecom – por. pod adresem internetowym: <http://www.cellular-news.com/story/15237.php>.

²⁴ W wyroku w sprawie 222/97 *Trummer and Mayer* [1999] ECR I-1661, p. 21.

²⁵ Dyrektywa Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu (Dz. Urz. UE Nr L 178 z 8 lipca 1988 r., s. 5–18).

²⁶ Por. wyrok ETS w sprawie 503/99 *KE przeciwko Belgii* [2002] ECR I-4809; p. 46.

²⁷ Por. wyrok ETS w sprawie 463/00 *KE przeciwko Hiszpanii*, [2003] ECR I-4581 p. 71.

²⁸ Por. wyrok ETS w sprawie 367/98 *KE przeciwko Portugalii*, [2002] ECR I-4731 p. 52.

celu. W tym względzie ETS wskazał na szereg gwarancji proceduralnych – ograniczających ingerencję administracyjną w działanie spółek, których dotyczyłyby „złote akcje” – w szczególności chodziło o następującą kontrolę strategicznych decyzji spółki oraz ograniczony – czasowo i merytorycznie zakres takiej ingerencji, który miał być również każdorazowo poddany kontroli sądowej. Wreszcie, Trybunał wskazał, iż szczególne uprawnienia skarbu państwa sprzeczne ze swobodą przepływu kapitału mogą wynikać również ze statutów spółek (a nie tylko z uregulowania ustawowego).

Jest jasnym, iż prywatyzacja mienia publicznego jest ciągle sposobem na poprawę konkurencyjności polskiej gospodarki (oraz na generowanie środków dla budżetu państwa – co nabrało szczególnej wagi w czasie kryzysu finansowego). Zważywszy na powyższe oraz na fakt istnienia politycznej konieczności niepozbywania się pewnych „sreber rodowych” oraz zabezpieczenia strategicznych spółek przed wrogiem przejściem przez podmioty kontrolowane przez rządy państw spoza Unii Europejskiej – powstanie polskiego uregulowania instytucji szczególnych uprawnień Skarbu Państwa było kwestią czasu. Jednocześnie akcesja Polski do UE nałożyła na Polskę obowiązek powstrzymywania się od tworzenia aktów prawnych sprzecznych z prawem wspólnotowym.

Polska Ustawa, uchwalona w 2005 roku wzorowana była – na dwóch belgijskich Dekretach Królewskich – z 10 i 16 czerwca 1994 roku, przyznających państwu belgijskiemu „złotą akcję”, odpowiednio w spółce wodociągowej (SNTC) oraz w przedsiębiorstwie zajmującym się dystrybucją gazu (Distrigaz) – jedynych uregulowaniach uznanych przez ETS za zgodne z prawem wspólnotowym (w wyroku Trybunału z 4 czerwca 2002 roku w sprawie 503/99 *KE przeciwko Belgii*). Brała także pod uwagę zakazy wskazane w tych wyrokach Trybunału, w którym luksemburscy sędziowie negatywnie ocenili krajowe uregulowania „złotego weta” w innych państwach członkowskich UE. Na powyższe źródła przedmiotowego uregulowania wskazano w uzasadnieniu do rządowego projektu Ustawy.²⁹

Mając na uwadze wymogi unijnego Trybunału, ustawodawca przewidział szereg rozwiązań umożliwiających osiągnięcie celów przedmiotowego uregulowania, przy jednoczesnym respektowaniu wymogów *acquis*. Dotyczyły one m.in. prawa sprzeciwu ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa wobec określonych czynności dokonywanych przez spółki o istotnym znaczeniu dla

²⁹ Por. *Druk sejmowy nr 3635* z 28 grudnia 2004 r.

porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego, trybu wydawania takiego sprzeciwu (decyzja administracyjna) oraz jego czasowego ograniczenia. Sprzeciw, według ustawodawcy, odnosić się miał do kluczowych decyzji organów spółki. Państwu przyznano także możliwość ustanowienia jednego lub dwóch obserwatorów w spółkach, którzy upoważnieni zostali do żądania udostępnienia relewantnych dokumentów od spółek. Przewidziano również ustanowienie systemu następczej, sądownoadministracyjnej kontroli decyzji właściwego ministra oraz konieczność respektowania zasady gwarancji proceduralnych. Ta ostatnia oznacza, iż konstrukcja szczególnych uprawnień Skarbu Państwa powinna być oparta na obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach znanych spółce i wszystkim podmiotom dotkniętym przez ograniczenia wynikające ze „złotej akcji”. Kryteria te winny umożliwiać także tym osobom kwestionowanie decyzji podjętych przez władze publiczne.

Wreszcie, jeśli idzie o podmiotowy zakres Ustawy – zastosowano mechanizm polegający na tym, iż w tekście aktu – poprzez określenie rodzaju prowadzonej działalności oraz procentowego udziału w rynku na terenie Polski – wskazano spółki, w których Skarbowi Państwa przysługują szczególne uprawnienia (art. 8 ust. 1 Ustawy). Jednocześnie, mocą rozporządzenia, wydawanego do 30 września każdego roku, Rada Ministrów określać miała listę spółek o istotnym znaczenia dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (art. 8 ust. 2 Ustawy).

III. Skarga Komisji *ante portas*

Dnia 27 czerwca 2007 roku Komisja formalnie wystąpiła do Polski o zmianę Ustawy.³⁰ Ten wniosek Komisji miał formę uzasadnionej opinii. Stanowił on więc drugi etap procedury przewidzianej przez ówczesny art. 226 TWE (obecny art. 258 TFUE). Komisja udzieliła Polsce dwumiesięcznego terminu (biegnącego od daty otrzymania uzasadnionej opinii) na podjęcie „odpowiednich kroków” dla usunięcia naruszenia prawa wspólnotowego w tym zakresie. Stosownie do powyższego przepisu, w przypadku niezastosowania się przez Państwo Członkowskie do opinii w terminie określonym przez Komisję, może ona wnieść sprawę do ETS. Termin dany Polsce przez KE wynosił dwa miesiące od otrzymania uzasadnionej opinii.

³⁰ Por. relacja na stronie Komisji Europejskiej: *Free movement of capital: Commission asks Poland to amend its law on special powers*, IP/07/907.

KE zauważyła, że szczególne uprawnienia polskiego Skarbu Państwa dotyczą prawa wetowania pewnych kluczowych decyzji związanych z zarządzaniem podmiotami, których te decyzje dotyczą, co, patrząc od strony inwestorów z innych państw UE, znacząco obniża atrakcyjność nabycia akcji (udziałów) w takich spółkach. Komisja podkreśliła, iż 15 spółek (których dotyczyły szczególne prawa Skarbu Państwa w dacie wystąpienia Komisji) – działa w ważnych sektorach przemysłu – w tym w przemyśle naftowym, gazowym, audiowizualnym, energetyce, górnictwie i kolejnictwie. Zdaniem Komisji są one wiodącymi spółkami w tych sektorach w Polsce, a w wielu przypadkach także w szerszym kontekście regionalnym. KE w związku z powyższym stwierdziła, że przepisy polskiej Ustawy oraz przyjętych na jej podstawie rozporządzeń są niezgodne ze swobodą przepływu kapitału i swobodą przedsiębiorczości gwarantowanymi w Traktacie.

W dacie ww. wystąpienia KE do Polski w sprawie zmiany spornego aktu prawnego Ustawa przyznawała specjalne prawa państwu polskiemu w 15 spółkach, które uznano za mające szczególne znaczenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (na podstawie rozporządzenia z 2005 roku oraz rozporządzenia z 2007 roku).

Komisji Europejskiej chodziło głównie o zakres podmiotowy polskiej regulacji – w szczególności o wskazanie jako strategicznych podmiotów spółek, których przedmiotem działalności było wydobycie i przerób rudy miedzi, spółek zajmujących się wydobywaniem węgla kamiennego, jak również spółek, będących posiadaczami infrastruktury telekomunikacyjnej umożliwiającej przesyłanie sygnałów publicznej radiofonii i telewizji między nadawcą i siecią nadajników.

Brak wskazanej przez Komisję reakcji w terminie spowodował zaskarżenie Ustawy 29 października 2009 roku przez KE do Trybunału w Luksemburgu.³¹

³¹ Por. informacja na stronie internetowej Komisji Europejskiej: *Swobodny przepływ kapitału: Komisja wnosi do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich sprawę przeciwko Polsce w związku ze szczególnymi uprawnieniami przysługującymi Skarbowi Państwa w pewnych spółkach*, IP/09/1634 z 29 października 2009 r., dostępna na stronie: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1634&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>; B. Chomątowska, A. Łakoma, *Bruksela zaskarżyła złote weto Skarbu Państwa*, Rzeczpospolita 2009, 30 października 2009, s. B1.

IV. Polskie „złote akcje” przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości

Warto zwrócić uwagę, iż Komisja, wnosząc w 2009 roku skargę do ETS, wskazała na to, iż szczególne uprawnienia Skarbu Państwa dotyczą – na moment złożenia skargi – 13 spółek. Zarzucone Polsce naruszenie prawa wspólnotowego objęło jednak także nadanie Skarbowi Państwa szczególnych uprawnień w spółkach, które na liście, obejmującej te 13 spółek, wynikającej z rozporządzenia wykonawczego z 2008 roku, się nie znalazły (np. spółek, zajmujących się przetwarzaniem rud miedzi). Powyższe jest konsekwencją przyjęcia przez ETS poglądu, iż to, czy Państwo Członkowskie nie dopełniło swych obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego, musi być oceniane przez odniesienie do sytuacji panującej w tym Państwie pod koniec okresu wskazanego w uzasadnionej opinii. Trybunał nie może, co do zasady, brać pod uwagę późniejszych zmian prawa.³²

Biorąc pod uwagę, iż uzasadniona opinia wydana została 27 czerwca 2007 roku, a Komisja dała Polsce dwa miesiące na podjęcie stosownych kroków, mających na celu dostosowanie się do prawa wspólnotowego – to ocena Trybunału dotyczyć winna stanu, obowiązującego w dniu upływu dwóch miesięcy po otrzymaniu przez polskie władze uzasadnionej opinii. Orzecznictwo ETS³³ prowadzi do wniosku, iż fakt, że po upływie powyższego terminu strona polska zmieniła Rozporządzenie wykonawcze,³⁴ nie będzie wpływał na ewentualne stwierdzenie przez ETS naruszenia prawa unijnego (szczególnie, iż nie zmieniono jednocześnie stosownych uregulowań w Ustawie).

Z informacji znajdującej się na stronach informacyjnych Komisji Europejskiej wynika, jak zaznaczono już powyżej, iż skarżąc polskie „złote akcje” Komisja odrzuciła przede wszystkim argument, by w przypadku kopalnictwa i przetwarzania rud miedzi, jak również w dziedzinie telekomunikacji (umożliwiania transmitowania sygnałów publicznego radia i telewizji) oraz w sektorze infrastruktury kolejowej operacje spełniające kryteria wymienione w ustawie o szczególnych uprawnieniach zagrażały bezpośrednio porządkowi publicznemu lub bezpieczeństwu publicznemu. Tym samym

³² Por. cytowany już powyżej wyrok ETS w sprawie 463/00 *KE przeciwko Hiszpanii* (p. 25); wyrok ETS w sprawie 174/01 *KE przeciwko Luksemburgowi* [2002] ECR I-11171 (p. 18).

³³ M. in. omawiany już wyrok ETS w sprawie 463/00 *KE przeciwko Hiszpanii*.

³⁴ Usunięto z niego m.in. KGHM Polska Miedź S.A.

Komisja nie uznała środków przyjętych w Ustawie za relewantne do ochrony tych wartości.

KE zarzuciła również Polsce nieproporcjonalny i nieodpowiedni charakter środków przewidzianych przez Ustawę – w szczególności w odniesieniu do sektora energetycznego. Komisja wskazała, iż uważa je za nieodpowiednie do „*deklarowanych celów ochrony publicznego ładu i bezpieczeństwa*”. Unijnej egzekutywie nie spodobała się w tym względzie szczególnie ogólność środków, przewidzianych przez Ustawę i zbyt szeroki zakres swobody decyzyjnej, nie spełniający standardów pewności prawnej.

Komisja wskazała ponadto, iż uprawnienie Skarbu Państwa do sprzeciwu wobec strategicznych decyzji podejmowanych przez organy spółek o istotnym znaczeniu, ogranicza prawo pozostałych właścicieli do skutecznego uczestniczenia w zarządzie i kontroli spółki – stanowiąc w ten sposób ograniczenie dla inwestycji bezpośrednich w tych spółkach. Jednocześnie ze względu na powstrzymywanie inwestorów od zakupu niekontrolnych pakietów akcji dla celów inwestycji portfelowych – mogą być one dodatkowo uznane za ograniczenie dla portfelowych inwestycji w przedmiotowych spółkach.

Poza powyższymi stanowiskami Komisji wskazuje się także³⁵, iż bodźcem dla wniesienia skargi przez KE mogły być modyfikacje statutu PKN Orlen S.A. dokonane w połowie lipca 2009 roku. Chodzi szczególnie o zmiany dotyczące mającego zwiększyć przejrzystość akcjonariatu ograniczenia prawa głosu akcjonariuszowi, który nie wykona lub nienależyte wykona obowiązek udzielenia informacji o swoim statusie (§ 7 ust. 11 pkt. 5 jednolitego tekstu statutu) oraz przepisy przewidujące ograniczenie prawa wykonywania głosów do 10 procent na walnym zgromadzeniu spółki – wyjątek od tej reguły przysługuje Skarbowi Państwa, Nafcie Polskiej (a także spółkom od nich zależnym, które nabędą akcje Orlenu) oraz bankowi depozytowemu, który na podstawie umowy z PKN Orlen wyemitował kwity depozytowe w związku z akcjami Spółki (§ 7 ust. 11 pkt. 1 statutu).

³⁵ B. Chomętowska, A. Łakoma, *Bruksela zaskarżyła złote weto Skarbu Państwa*, *op. cit.*; A. Łakoma, *Sq zmiany w statucie Orlenu*, Rzeczpospolita z 15 lipca 2009 r., dostępny pod adresem internetowym: http://www.rp.pl/arttykul/182403,334456_Sa_zmiany_w_statucie_Orlenu.html.

V. Szczególne uprawnienia polskiego Skarbu Państwa – „złote” a może jedynie „pozlacane”?

Analizę zarzutów Komisji warto rozpocząć od jej zastrzeżeń dotyczących spółek, w których Skarbowi Państwa przysługują szczególne uprawnienia.

W odniesieniu do spółek miedziowych (*vide* art. 8 ust. 1 pkt. 8 Ustawy³⁶) wskazać należy, iż dodano je na posiedzeniu sejmowej Komisji Skarbu Państwa na krótko przed uchwaleniem Ustawy³⁷ pomimo negatywnego zaopiniowania przez Urząd Komitetu Integracji Europejskiej (UKIE)³⁸, który jeszcze w pracach nad Ustawą wskazywał, iż uznanie spółek miedziowych za strategiczne może zostać zakwestionowane przez Komisję Europejską. Decyzja ustawodawcy w tym względzie była motywowana politycznie i ekonomicznie – wydobywanie miedzi jest bardzo zyskowne.

Zarzut Komisji w tym względzie jest trafny. ETS nie miał co prawda dotychczas okazji badać zasadności argumentu o strategiczności miedzi jako surowca, trudno jednak znaleźć uzasadnienie dla uznania miedzi za istotną dla porządku czy bezpieczeństwa publicznego – w tym wskazać, w jaki sposób np. brak dostaw rudy miedzi mógłby wpłynąć na zagrożenie wyżej wymienionych wartości. Argumentem przeciwko uznaniu miedzi za strategiczną jest także fakt, iż miedź jest surowcem, który dostępny jest na rynkach światowych – stosunkowo szybkie podpisanie umów na dostawy miedzi nie stanowi zatem problemu (inne Państwa Członkowskie UE tak właśnie radzą sobie z niedoborami tego surowca). Wreszcie, ustanawiając „złotą akcję” nie można chronić jedynie interesów ekonomicznych państwa, a za takie należy uważać umieszczenie spółek miedziowych na liście strategicznych podmiotów.

Za trafny należy także uznać zarzut Komisji dotyczący podmiotów posiadających infrastrukturę telekomunikacyjną umożliwiającą przesyłanie sygnałów publicznej radiofonii i telewizji (*vide* art. 8 ust. 1 pkt. 9 Ustawy). Judykatura Trybunału, co do zasady, nie zabrania zakwalifikowania spółki telekomunikacyjnej jako mającej szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa

³⁶ W praktyce chodziło rzecz jasna o KGHM Polska Miedź SA z siedzibą w Lubinie.

³⁷ Stało się to w dniu 21 kwietnia 2005 roku. Argumentacja *in favorem* takiego rozwiązania była kuriozalna – powoływano się w tym względzie m.in. na Konstytucję Chile, *expressis verbis* zabezpieczającą interesy producentów miedzi.

³⁸ Urząd wydał później także w tej sprawie negatywną opinię z dnia 13 lutego 2007 r., Min. EOT/286/2007/DP/tlk.

i porządku publicznego państwa.³⁹ Jednakże brać pod uwagę należy konieczność ścisłej interpretacji takiego zaklasyfikowania, gdyż stanowi ono wyjątek od fundamentalnej wolności traktatowej. Wedle ETS, oparcie się na argumentie bezpieczeństwa i porządku publicznego może nastąpić, gdy istnieje rzeczywiste i wystarczająco poważne zagrożenie dla podstawowego interesu publicznego.⁴⁰

Nie wydaje się, by przesłanka ścisłej interpretacji była spełniona w przypadku wszystkich spółek telekomunikacyjnych. W pierwszym rozporządzeniu wykonawczym do Ustawy z 2005 roku jako spółkę spełniającą wyżej wymienione kryteria wskazano jedynie TP-EMITEL Sp. z o.o w Krakowie. Ta spółka, wydzielona z Telekomunikacji Polskiej S.A., znalazła się na liście podmiotów strategicznych ze względu na fakt posiadania tzw. rozsiewczej infrastruktury telekomunikacyjnej, umożliwiającej przesyłanie sygnałów publicznej radiofonii i telewizji między nadawcą a siecią nadajników.⁴¹ W tym zakresie posiada ona niemalże wyłączność – swoim zasięgiem obejmuje ona 99,1 procent powierzchni kraju. Wydaje się to spełniać kryteria posiadania infrastruktury telekomunikacyjnej umożliwiającej przesyłanie sygnałów publicznej radiofonii i telewizji między nadawcą a siecią nadajników na obszarze obejmującym co najmniej 70% terytorium Rzeczypospolitej Polskiej *ergo* spełnia kryterium ścisłej interpretacji wskazane powyżej.

Zasadnicze wątpliwości dotyczą natomiast pozostałych spółek z branży – Telekomunikacji Polskiej (TP) S.A. w Warszawie, Exatel S.A. w Warszawie Polkomtel S.A. w Warszawie. Zostały one zaliczone do spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego mocą rozporządzenia z 2007 roku. Taka decyzja wydaje się szczególnie niewłaściwa w stosunku do TP S.A. W sprawie tej doszło nawet do przesłania przez Polską Konfederację Pracodawców Prywatnych Lewiatan listu do ówczesnego premiera Jarosława Kaczyńskiego.⁴² Skarb Państwa

³⁹ Tak ETS orzekł np. w wyroku 463/00 *KE przeciwko Hiszpanii*, p. 71; w wyroku 483/99 *KE przeciwko Francji*, p. 47; czy w wyroku 503/99 *KE przeciwko Belgii*, p. 46.

⁴⁰ Por. m.in. wyroki ETS w sprawach: 54/99 *Kościół Sjentologiczny (Eglise de Scientology)*; 463/00 *KE przeciwko Hiszpanii*, p. 72; 483/99 *KE przeciwko Francji*, p. 48; 503/99 *KE przeciwko Belgii*, p. 47.

⁴¹ Por. K. Mokrzycka, *Raport. Strategia złotej akcji*, Nasz Rynek Kapitałowy 2007, s. 3. Por. także Decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 9 listopada 2006 r., DRTM-SMP-6043-9/06 (34).

⁴² Por.: *Lewiatan apeluje o wykreślenie TP SA z listy spółek objętych „złotą akcją”*, Puls Biznesu z 13 lipca 2007 r., dostępne pod adresem internetowym: <http://pulsbizn>

w momencie jej podjęcia posiadał w niej jedynie pakiet resztówkowy – mniej niż 4% akcji, reszta należała do innych akcjonariuszy. Decyzja o umieszczeniu TP S.A. na liście strategicznych podmiotów, podjęta po prywatyzacji spółki, niewątpliwie niekorzystnie wpłynęła na interes jej akcjonariuszy.⁴³ Podobne argumenty dotyczą Polkomtel S.A. Ponadto, Skarb Państwa posiada w nim udziały jedynie w pośredni sposób – przez spółki KGHM Polska Miedź S.A., PKN Orlen S.A. oraz PSE S.A.

Zarzuty Komisji objęły także spółki posiadające co najmniej 50 procent infrastruktury kolejowej na terytorium Polski.⁴⁴ Uzasadnieniem dla ich umieszczenia w Ustawie była okoliczność, iż infrastruktura kolejowa może być, w razie zaistnienia takiej potrzeby, wykorzystana do transportu środków niezbędnych dla bezpieczeństwa i porządku publicznego (chodziło o przewóz kolejną substancji takich jak np. ropa naftowa, czy gaz płynny). Zasadniczo, taka argumentacja zgodna jest z orzecnictwem ETS, wedle którego zabezpieczenie dostaw energii dla państwa stanowi nadrzędny wymóg interesu publicznego.⁴⁵ Jednakże, nawet ochrona takiego celu wymaga przestrzegania warunku proporcjonalności. Polskie uregulowanie w tym względzie zdaje się jednak naruszać te wymogi – co do zasady bowiem infrastruktura kolejowa nie służy dla celów awaryjnego przewozu surowców energetycznych – w tym względzie stosuje się system przesyłowy *stricto* przystosowany do odpowiedniego transportu takich surowców. Rozwiązanie to może być uznane przez ETS za naruszające wymogi proporcjonalności i z tego względu niezgodne z art. 63 TFUE (dawny art. 56 TWE).

Nieproporcjonalność i nieodpowiedniość środków Komisja zarzuciła ponadto Polsce w odniesieniu do sektora energetycznego. Pojęcia te ETS interpretował w orzecnictwie jako konieczność zapewnienia, by władze publiczne stosowały „złotą akcję” jedynie wyjątkowo oraz aby jej stosowanie

nesu.pl/a/2007/08/13/Lewiatan_apeluje_o_wykreslenie_TP_SA_z_listy_spolek_obj?readcomment=1.

⁴³ Badania przeprowadzone na zlecenie KE wskazują, iż ograniczenia wynikające ze złotych akcji mają niekorzystny wpływ na sytuację ekonomiczną akcjonariuszy spółek, w których istnieje takie szczególne uprawnienie – por. *Special rights in privatized companies in the enlarged Union...*, *op. cit.*

⁴⁴ Por. art. 8 ust. 1 pkt. 10 – w rozporządzeniu uszczegóławiającym z 2005 roku wskazano PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie.

⁴⁵ Por. wyroki ETS w sprawach 393/92 *Municipality of Almelo i inni przeciwko NV Energiebedrijf IJsselmij* [1994] ECR I-01477, 72/83 *Campus Oil Ltd. przeciwko Ministrowi Przemysłu i Energii i inni* [1984] ECR I-2727.

nie prowadziło do zachwiania równowagi między realizacją interesu publicznego a swobodą przepływu kapitału i swobodą zakładania przedsiębiorstw (w tym szczególnie konieczności ochrony inwestorów). „Złota akcja”, co do zasady, ma być dopuszczalna tylko wtedy, gdy cel regulacji ustawowej danego państwa członkowskiego nie może być osiągnięty w inny, mniej restrykcyjny sposób.

Deklarowanym przez polskiego ustawodawcę przy tworzeniu Ustawy celem była ochrona interesu publicznego *sensu largo*, co miało być realizowane poprzez wykonywanie prawa sprzeciwu. Jest ono czasowo ograniczone, oparto je na określonych kategoriach uchwał, czynności bądź rozporządzeń, których może ono dotyczyć. Ponadto, opiera się ono o znane z góry kryteria umieszczane każdorazowo w założeniach polityki państwa w dziedzinach życia społecznego i gospodarczego, posiadających istotne znaczenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Co więcej, kontrola ta, poprzez prawo weta, odbywa się tylko *ex post facto* i podlegać może każdorazowej weryfikacji przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie. Z powyższymi czynnikami wiąże się ograniczenie państwa do blokowania tylko określonych czynności zarządczych podejmowanych przez przedsiębiorstwo (mogą nimi być czynności prawne oraz czynności faktyczne – art. 2 ust. 1 i 2 oraz art. 3 ust. 1). Uzupełnieniu tego ograniczenia i pozbawieniu władz możliwości ferowania arbitralnych decyzji służą art. 2 ust. 3, art. 3 ust. 3 oraz art. 4 ust. 1 Ustawy, wskazujące na konieczność każdorazowego uzasadniania użycia „złotej akcji”. Współgra z tym wykorzystywanie szczególnych uprawnień tylko w sytuacji, gdy działanie spółki narusza określone przez Radę Ministrów założenia polityki państwa w dziedzinach życia społecznego lub gospodarczego (art. 4 ust. 1 w związku z art. 12 Ustawy).

Czasowe ograniczenie ma też swój czysto praktyczny wymiar. Wedle przepisu art. 2 ust. 5 skutki czynności prawnej spółki podlegającej sprzeciwowi ministra⁴⁶ ulegają zawieszeniu na czas przysługujący ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa na wniesienie sprzeciwu bądź – w razie złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy lub zaskarżenia ostatecznej decyzji ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na drodze sądowej – do chwili zmiany decyzji, jej uchylecia albo stwierdzenia nieważności decyzji. W razie złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, termin na załatwienie spra-

⁴⁶ Chodzi w tym kontekście bezpośrednio o czynności z art. 2 ust. 1 i 2, oraz poprzez przesłankę odpowiedniego stosowania, także czynności spółki określone w art. 3 ust. 1 Ustawy.

wy wynosi 14 dni roboczych od dnia otrzymania wniosku (art. 2 ust. 6), zaś w przypadku zaskarżenia ostatecznej decyzji ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa sąd wyznacza rozprawę w terminie 14 dni od dnia wniesienia skargi przez stronę (art. 2 ust. 7). Ustalenie powyższych terminów pozwala zminimalizować ewentualne straty przedsiębiorstwa, wynikające z zawieszenia powyższej czynności spółki. Istotne znaczenie dla proporcjonalności regulacji ma także istnienie przesłanki przejrzystości ustawy o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa. Unormowanie tych wyjątkowych uprawnień nastąpiło jednak w osobnej ustawie, poświęconej tylko temu zagadnieniu. Ustawodawca polski odszedł w tym aspekcie regulacji od wzorca belgijskiego w tym sensie, iż nie poświęcał odrębnej regulacji dla jednego przedsiębiorstwa (tak jak uczyniono to w Belgii, wydając odrębny Dekret Królewski dla przedsiębiorstwa SNTC i odrębny dla przedsiębiorstwa Distrigaz SA). Nie jest to jednak wymagane przez prawo wspólnotowe. Poza tym, kryteria umieszczania spółek na liście są zawarte w art. 8 Ustawy, następnie uszczegółowione przez Rozporządzenia, wydane w jej wykonaniu (zawierające w załączniku listę spółek, w których SP ma specjalne prerogatywy).

Sądzę, iż zastosowane przez polskiego prawodawcę środki, opierające się na belgijskim wzorcu „złotej akcji”, zaakceptowanym przez Trybunał jako zgodny z *acquis*, są co do zasady, odpowiednie dla realizowanego przez ustawę celu, którym jest zapewnienie porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego w zakresie dostaw energii i nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla jego realizacji. Orzecznictwo ETS wskazuje, iż istnieją względy, które mogą w zależności od okoliczności uzasadniać przypadki zachowania przez państwo pewnych wpływów w przedsiębiorstwach pierwotnie publicznych, a następnie sprywatyzowanych, jeżeli przedsiębiorstwa te działają w sektorze usług świadczonych w interesie ogólnym lub usług o charakterze strategicznym. Za takie należy uznać spółki zajmujące się krajowym przesyłem i magazynowaniem gazu, energii elektrycznej i paliw stanowiących pochodne ropy naftowej⁴⁷ i realizowany przez nie cel w postaci faktycznej dostępności dostaw wyżej wymienionych produktów, zabezpieczenia ich dostaw na wypadek kryzysu oraz dyspozycyjności instalacji przesyłowych. Rolą Komisji będzie wykazanie, w celu udowodnienia przed ETS niezgodności polskiej regulacji z prawem europejskim, iż do osiągnięcia tych celów można było posłużyć się mniej restrykcyjnymi środkami.

⁴⁷ Wniosek z orzeczenia C-72/83 *Campus Oil* oraz z C-503/99 *KE przeciwko Belgii*.

Za dyskusyjne w kontekście spełnienia wymogów proporcjonalności można uznać uregulowanie dotyczące spółek zajmujących się wydobywaniem węgla kamiennego. Podstawą ich umieszczenia w Ustawie był wzgląd na zapewnienie gospodarce źródeł energii. Jakkolwiek jest to zgodne z orzecznictwem ETS dotyczącym dostarczenia źródeł energii, to zdaniem Trybunału chodzi raczej o produkty petrochemiczne i gazowe, niż o węgiel kamienny. Trudno uznać węgiel za surowiec strategiczny, w sytuacji, gdy nie ma problemu z jego podażą na rynkach światowych. Ponadto orzecznictwo ETS, analogicznie jak w przypadku miedzi, nie przewidywało uznania spółki zajmującej się wydobywaniem węgla za strategiczną z punktu widzenia porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Jeśli chodzi o zarzut ogólności środków oraz zbytnią przekrojowość polskiego uregulowania, to nie wydaje się on do końca właściwy (z zastrzeżeniem, rzecz jasna, wyjątków wskazanych powyżej). Prawo wspólnotowe nie wymaga bowiem zastosowania odrębnego aktu prawnego dla każdej spółki, w której skarbowi danego państwa członkowskiego przysługują szczególne uprawnienia.

Otwartą kwestią pozostaje zarzucane Polsce przez Komisję zagadnienie naruszenia swobody przepływu kapitału, dotyczące inwestycji bezpośrednich i portfelowych, polegające na upoważnieniu Ministra Skarbu Państwa do wyrażania sprzeciwu wobec wskazanych w Ustawie kluczowych decyzji organów strategicznych spółek. Mam wątpliwości, czy wskazanie przez Komisję instytucji sprzeciwu jako przyczyny ograniczenia swobody przepływu kapitału jest wystarczające w kontekście sporu przed ETS. Sprzeciw w kształcie sformułowanym w Ustawie jest bowiem konstrukcją mającą być stosowaną *ex post facto* poddaną ścisłym rygorom czasowym i stosowaną w oparciu o założenia polityki państwa w strategicznych dziedzinach, z którymi potencjalny inwestor może się zapoznać przed podjęciem decyzji o inwestycji w przedmiotowe spółki. Sprzeciw poddany jest odpowiedniej kontroli sądowej. Jako taka – instytucja ta opiera się na uznanych za zgodne z prawem europejskim konstrukcjach z belgijskich Dekretów Królewskich. Ewentualne orzeczenie ETS może zatem zawierać w tym względzie korzystne dla Polski decyzje.

Wydaje mi się, iż o ograniczeniu dla inwestycji – zarówno bezpośrednich, jak i portfelowych – można raczej mówić w przypadku wskazanego powyżej ograniczenia prawa głosu w statucie Orlen S.A. (odpowiednie rozwiązania mają także dotyczyć Lotos S.A.), które *expressis verbis* różnicuje istniejące w tym względzie uprawnienia akcjonariuszy prywatnych i publicznych. *Voting cap* o podobnym kształcie został uznany za sprzeczny z prawem wspólnotowym

w orzeczeniu C-112/05 *KE przeciwko Niemcy* (tzw. sprawa *Volkswagena*)⁴⁸. Stosownie do orzeczenia w połączonych sprawach 282/04 i 283/04 *KE przeciwko Holandii*⁴⁹ – Skarb Państwa nie będzie mógł powoływać się w takiej sytuacji na fakt, iż ograniczenia te zostały ustanowione w statucie spółki, a więc w akcie prywatnoprawnym (a nie w przepisach ustawowych). Trybunał w tym orzeczeniu uznał bowiem, iż źródłem naruszenia swobody przepływu kapitału może być również środek ustanowiony w statucie spółki.

VI. Co postanowi ETS?

Profesor Stanisław Sołtysiński, w czasie debaty, zorganizowanej w 2008 roku w redakcji „Rzeczpospolitej”⁵⁰, iż polską Ustawę traktować należy *jako swego rodzaju aspirynę, która sama w sobie nie jest zdrowa, ale używa się jej jako remedium na nagły ból głowy. W tej ustawie złota akcja została dopasowana do możliwości, jaką stwarzało ówczesne prawo unijne. Co do zasady polskie uregulowanie szczególnych uprawnień Skarbu Państwa jest rzeczywiście oparte na belgijskich Dekretach z 1994 roku – uznanych za zgodne z *acquis*. Uregulowanie umożliwiać miało prywatyzację strategicznych spółek, przy jednoczesnej możliwości utrzymania wpływu na pewne kategorie decyzji podejmowanych przez władze tych podmiotów.*

Staranie ustawodawcy o przyjęcie aktu zgodnego z prawem europejskim było widoczne w pracach nad ustawą. Polscy legislatorzy ustrzegli się przy tym istotnych błędów. Nie musi to jednak oznaczać jej zgodności ze swobodami rynku wewnętrznego. Wydaje się, iż błędem było zbyt długie wydłużenie ustawowego wskazania spółek, w których Skarbowi Państwa winna przysługiwać „złota akcja”, co skutkowało zbyt długą listą przedsiębiorstw uznanych za strategiczne w wydawanych na podstawie Ustawy rozporządzeniach. Zarzut ten dotyczy szczególnie spółek miedziowych (*de facto* KGHM Polska Miedź S.A.), węglowych i telekomunikacyjnych. Uregulowania dotyczące tych podmiotów mogą zostać uznane za sprzeczne z prawem europejskim nawet pomimo ich wykreślenia z aktów wykonawczych (szczególnie, iż nie towarzyszyła temu odpowiednia zmiana samej Ustawy).

⁴⁸ A. Bodnar, D. Sześciło, *op.cit.*, s. 11 i n.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 11 i n.

⁵⁰ Por. B. Chomątowska, *Złota akcja: anachronizm, czy konieczność*, Rzeczpospolita z 13 lutego 2008 r., artykuł dostępny pod adresem internetowym: http://www.rp.pl/arttykul/9159,92370_Zlota_akcja_anachronizm_czy_koniecznosc_.html.

Osobną kategorię stanowią uprawnienia przysługujące Skarbowi Państwa w spółkach takich jako PKN Orlen S.A., czy Lotos S.A., które wynikają nie tylko z Ustawy, ale przede wszystkim ze statutów tych spółek. Ograniczenia prawa głosu, mimo iż wprowadzone *de facto* aktem prawa prywatnego (a nie rangi ustawowej), stanowić mogą, stosownie do orzecznictwa ETS, środek krajowy, ograniczający swobodę przepływu kapitału w UE.

Wskazać należy, iż skarga Komisji do ETS wywołała stosunkowo szybką reakcję rządu. Dnia 17 listopada 2009 roku gabinet Donalda Tuska przyjął nowy projekt ustawy o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa – dotyczących spółek prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych.⁵¹ *Poprzednia ustawa zbyt szeroko traktowała to, co my uważamy za kluczową infrastrukturę. Teraz ograniczamy się do trzech obszarów: ropa, gaz, energia elektryczna* – wskazał wiceminister skarbu Mikołaj Budzanowski.⁵²

Przyjęty przez rząd projekt ustawy likwiduje listę spółek, w których Skarbowi Państwa będzie przysługiwać „złota akcja”. Zamiast tego powstanie lista instalacji specjalnego znaczenia (np. gazociągów, linii elektroenergetycznych, magazynów ropy, terminali LNG itp.), nazywanych w projekcie ustawy „infrastrukturą krytyczną”. I tylko w tych spółkach, które tę kluczową infrastrukturę mają, Skarb Państwa jako udziałowiec będzie mógł blokować niektóre decyzje, np. o rozwiązaniu spółki, zbyciu lub wydzierżawieniu przedsiębiorstwa lub zaniechania eksploatacji składnika mienia.

Przyjęcie ustawy w takim brzmieniu będzie, stosownie do wskazań niniejszego opracowania, zgodne z *acquis communautaire*. To jednakże może okazać się niewystarczające w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. Zasady bowiem rynku wewnętrznego, które, jak się wydaje, były naruszane przez polską Ustawę – mają charakter zasad fundamentalnych.⁵³

⁵¹ K. Niklewicz, *Pod naciskiem Unii Europejskiej rząd ogranicza „złotą akcję”*, Gazeta Wyborcza z 17 listopada 2009 r., artykuł dostępny pod adresem internetowym: http://wyborcza.biz/biznes/1,101562,7264611,Pod_naciskiem_Unii_Europejskiej_rzad_ogranicza_zlota.html.

⁵² *Ibidem*, por. adres internetowy: http://wyborcza.biz/biznes/1,101562,7264611,Pod_naciskiem_Unii_Europejskiej_rzad_ogranicza_zlota.html.

⁵³ B. Chomąłowska, A. Łakoma, *op. cit.*, s. B1.